

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
MARIA GLAZYELLY DE ALCÂNTARA LUCARELLI**

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: a teoria do *numerus clausus*  
concreta em face do estado de coisas inconstitucional**

**Juiz de Fora  
2016**

**MARIA GLAZYELLY DE ALCANTARA LUCARELLI**

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: a teoria do *numerus clausus*  
concreta em face do estado de coisas inconstitucional**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof.(a) Dr. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora  
2016**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**MARIA GLAZYELLY DE ALCANTARA LUCARELLI**

## **SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A TEORIA DO NUMERUS CLAUSUS CONCRETA EM FACE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Professor Mestre Leandro Oliveira Silva  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Mestre João Becon de Almeida Neto  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professora Doutora Ellen Carmo Cristina Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de Julho de 2016

Dedico este trabalho a todos aqueles que  
contribuíram para sua realização, de uma  
forma especial a minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço as pessoas que estiveram presentes no decorrer de toda essa etapa, aos meus pais Orlando Lucarelli e Maria Solângia de Alcantara Lucarelli, que com todo o amor sempre me incentivaram na busca da concretização de mais um sonho. Ao meu professor e orientador, Prof. Leandro Oliveira Silva, por ser um exemplo de profissional, uma pessoa admirável.

“O bem tende sempre a comunicar-se. Toda a experiência autêntica de verdade e de beleza procura, por si mesma, a sua expansão” Papa Francisco.

## **RESUMO:**

O presente trabalho analisa a superlotação do sistema penitenciário, juntamente com a crise gerada. Enfrenta-se também a direta violação aos direitos humanos devido à indiferença Estatal. Busca-se traçar um panorama do sistema carcerário, de forma a aferir o contingente populacional, bem como a situação dos apenados. Expõe-se ainda a relevância dos direitos humanos afetados devido à crise do sistema. Além disso, examina-se a pertinência do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário abordado na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Por fim, foi feita a análise do princípio do *numerus clausus* como solução para a superlotação das prisões refletindo diretamente em sua melhora, conferindo novas oportunidades aos apenados.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Superlotação. *Numerus Clausus*. Direitos Humanos.

## ***ABSTRACT***

The present work analyzes the overcrowding of penitentiary system, along with the crisis generated. It faces also the direct violation of human rights due to indifference of the State. The aim is to draw a panorama of the prison system, in order to assess the population, as well as the situation of the prisoners. It exposes the relevance of human rights affected by the crisis of the system. In addition, It is examined the relevance of Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept of the penitentiary system addressed the Complaint of breach of Fundamental precept. Finally, it was made the analysis of the principle of *numerous clausus* as a solution to the overcrowding of prisons reflecting directly in your improvement, providing new opportunities to prisoners.

Keywords: Penitentiary System. Overcrowding. *Numerus Clausus*. Human Rights.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	13
2.1 A restrição da liberdade na perspectiva do sistema prisional.....	13
2.2 Fatores que influenciam nos aspectos atuais do cárcere.....	15
2.3 A excessividade das prisões cautelares e a crise do sistema prisional .....	20
3 OS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	22
3.1 A constituição federal como base do sistema judiciário brasileiro e os direitos humanos tutelados.....	22
3.2 A Não proteção Estatal do sistema penitenciário e os princípios constitucionais violados	23
3.3 O sistema penitenciário e o estado de coisas inconstitucional. ....	25
4 ALTERNATIVA À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO INFLUENCIADO PELA SUPERLOTAÇÃO.....	31
4.1 Mitigações na execução da pena .....	31
4.2 Princípio do <i>numeros clausus</i> (número fechado) e sua aplicação.....	32
4.3 A jurisprudência na busca por um sistema prisional adequado. ....	34
5 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	38

## 1 INTRODUÇÃO

A “prisão” sempre remete ao cárcere, a situação de quem teve sua liberdade perdida. A Constituição Federal diz que somente poderá ocorrer a prisão “*em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*” (art. 5º, LXI da CF).

A Constituição Federal prega a não aplicação de penas cruéis, assegura ao apenado o respeito à integridade física e moral, e diz que nenhuma pessoa será submetida à tortura ou tratamento desumano ou mesmo degradante (art. 5º, III, XLVII, XLIX da CF). São esses direitos protegidos constitucionalmente que muitas vezes são violados e desrespeitados em meio à aplicação e execução da pena.

Diante disso, temos enfrentado uma crise no sistema penal brasileiro, que por sua vez, está de modo exacerbado, devido ao constante aumento de uma política de encarceramento no país. As prisões provisórias e as execuções provisórias da pena fizeram crescer de forma absurda o contingente populacional do encarceramento brasileiro.

Nesse sentido, a prisão passa a ser utilizada como o maior recurso, de forma a influenciar diretamente na população prisional, o que resta por gerar uma superlotação, que reflete diretamente num ambiente de crise total e de constantes práticas atentatórias a direitos humanos, regrado pela indiferença Estatal.

A violação a direitos humanos, provocada pela superlotação do sistema prisional brasileiro é constante. Assim este trabalho visa demonstrar, uma das soluções com base na diminuição do contingente populacional das prisões, de forma a minimizar as violações a direitos humanos e por consequência a ocorrência da valorização do objetivo da pena: a ressocialização do preso.

Desse modo, é preciso compatibilizar o número de vagas com o número de apenados no sistema prisional. Essas vagas precisam ser compatíveis com um ambiente de respeito à dignidade da pessoa e a preservação dos direitos humanos.

A utilização de um importante princípio é o *numerus clausus*, que busca adequar o número de presos ao número de vagas, e influencia de forma positiva no problema da superlotação. Possibilita ao apenado estar num meio em que é tratado com respeito e com garantia aos direitos fundamentais, de modo a poder estudar e trabalhar, tendo preservados e estabelecidos direitos antes violados, com condições para uma reinserção social efetiva.

O primeiro capítulo analisa o panorama do sistema prisional, da restrição da liberdade como forma de pena, seguido ao destaque dos aspectos atuais do cárcere. Aspectos esses que

influenciam na crise do sistema, como a excessividade das prisões cautelares que incide de modo pontual, levando ao aumento do contingente populacional.

Já o segundo capítulo trata dos direitos humanos tutelados constitucionalmente, das violações a esses direitos devido à indiferença Estatal. Nesse contexto vê-se o sistema penitenciário e o estado de coisas inconstitucional que se encontra.

Por último, será abordado o princípio do *numerus clausus* (número fechado) como um dos principais métodos de solução do problema analisado, de modo a refletir sua aplicação em julgados.

A metodologia adotada neste trabalho é baseada no estudo bibliográfico, como também em pesquisas que elucidam dados quantitativos relacionados ao âmbito carcerário, além do estudo de julgados que embasam o problema enfrentado. A primeira formará o entendimento acerca do tema e a segunda busca expor dados que refletem na situação atual do sistema prisional, a última tem por finalidade consolidar o tema, devido a necessidade de se buscar elementos essenciais a matéria examinada.

Diante do exposto, com o presente trabalho objetiva-se analisar a superlotação do sistema prisional e o seu efeito sobre a crise atual do sistema, através do estudo de princípios, julgados e posições de grande relevância na aplicação do tema.

## 2 O PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

### 2.1 A restrição da liberdade na perspectiva do sistema prisional

Pretende-se traçar um panorama do sistema penitenciário brasileiro, permeado pela crise, em um cenário de preponderante calamidade, que se baseia na particular consequência da não eficácia da pena.

A sociedade necessita ser regida por regras básicas de conduta. Deve-se submeter a um Poder constituído, de forma que, para sua eficácia seja necessário um “*ius puniendi*” (garantir segurança). Desse modo, cabe ao Estado, com sua soberania e autoridade, preservar o direito de cada indivíduo através da aplicação de penas.

O homem é considerado um ser livre, tem sua liberdade protegida por lei, não pode ser preso, aprisionado ou mesmo ter privado a sua liberdade, a não ser por devido processo legal. O indivíduo tem como garantida a sua liberdade, porém essa liberdade pode ser restringida por justificativa legal.

Para a garantia do *ius puniendi* se vê necessário a imposição de sanções através da restrição da liberdade, desse modo, as prisões são meios utilizados para impedir e combater a prática criminal. O Estado, com objetivo de proteger a sociedade, estabelece leis como forma de garantir direitos pré-estabelecidos, impondo sanções àqueles que contrariam a esse fim.

O Estado tem por dever proteger e garantir a segurança da sociedade, de modo que, para isso, nenhum direito será absoluto, e como forma de efetivar o *ius puniendi*, o direito a liberdade será restringido ao indivíduo que venha a cometer algum ilícito penal. Não se admite o exagero nessa restrição, não pode haver a perda de todos os direitos em função da prática de um crime, não se justifica a perda de direitos fundamentais necessários a sobrevivência. O Estado possui o dever e o poder, de apenas restringir a liberdade do indivíduo que, por ter praticado algum crime venha sofrer uma sanção penal.

A pena privativa de liberdade tem por finalidade recuperar, ressocializar e reeducar o apenado. Assim, o sistema penitenciário deve ser estruturado de forma que, o indivíduo esteja pronto para retomar ao convívio social, ambiente do qual foi retirado, visto que a pena tem por finalidade a reinserção social do preso.

O indivíduo que praticou um ilícito penal, ao se deparar com o sistema carcerário, que objetiva a reestruturação, a reeducação e a reinserção do condenado, enfrenta uma calamidade que restringe a efetiva educação como meio ressocializador.

Assim, o cumprir da pena respalda-se na restrição da liberdade do apenado. Deve-se ocorrer de forma a promover ao preso condições de retornar à sociedade. Sociedade essa, que antes foi a que restringiu seus direitos, não oferecendo oportunidades ou muitas vezes retirando-as. Portanto, o Estado tem o dever de prover um tratamento penitenciário apropriado, com uma perfeita adaptação ao indivíduo.

Porém, além da restrição de seus direitos, o preso sofre desde o momento da sua condenação, ao ver a sua liberdade restringida. Nesse momento crucial do seu sofrimento ele se depara com a crise do sistema carcerário e encontra-se com a perda de direitos além da restrição de sua liberdade. Nesse sentido, em toda uma estrutura definida por lei (Lei de Execuções Penais), estrutura essa que não ultrapassa aos limites da lei, o apenado passa pelo sofrimento da falta da infraestrutura, da indiferença social ingerida nas cercas das prisões e por uma escassez de direitos que vem se agravando.

Diante disso, a atual crise do sistema penitenciário, influência nas garantias fundamentais e nos direitos humanos do preso, direito esse pregado por toda ordem jurídica nacional e principalmente Internacional. Assim, o sistema penitenciário, retrógado e hostil, está sendo regrado por uma nova forma de suplícios. Esses antes, era uma punição corporal feita pelo carrasco, uma forma de tortura como pena, que deixou de existir entre os séculos XVIII e XIX, e que agora, de modo nada visível, passa a fazer parte das prisões brasileiras:

Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz (dizia Jaucourt); e acrescentava: 'é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade'. (FOUCAULT, 2014, p. 36).

Contudo, o principal objetivo do sistema penitenciário, de um modo geral, não tem sido cumprido. Pois esse objetivo é ressocializar o apenado, é fazer com que o indivíduo, após o cumprimento da pena, esteja apto a retomar ao convívio social, passar a poder estar em sociedade, fazer com que este indivíduo possa se readaptar a sociedade da qual foi retirado. Assim, a noção de ressocialização é socializar-se novamente, readaptar-se a uma sociedade. Entretanto em um cenário que sempre se baseou na indiferença e falta de oportunidade, o indivíduo que não está apto a viver em sociedade é retirado do ambiente de desrespeito,

violência e desigualdade social, com o intuito de que sejam passados os “modos” para se viver e adequar à sociedade na qual habita.

Neste sentido, o artigo 1º da Lei de Execuções Penais vem confirmar que *“a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*. Assim, tem a execução a função e objetivo de efetivar a aplicação da pena, de modo que o indivíduo consiga alcançar sua integração social de maneira compatível e proporcional com a imposição da pena.

## **2.2 Fatores que influenciam os aspectos atuais do cárcere**

O sistema penitenciário, após evoluções ocorridas no direito penal, determina uma estrutura que objetiva ressocializar e a educar o encarcerado, mas inúmeros fatores contribuem para o fracasso do cárcere, o que gera a ocorrência de falhas nessa desejada ressocialização.

O primeiro ponto em destaque e que acaba por influenciar outros fatores que prejudicam o sistema, é a superlotação, talvez seja o ponto mais preocupante. As celas superlotadas, abarrotadas acabam por afetar as relações entre os presos, levando a uma calamidade, já que o número elevado de detentos prejudica a estrutura da cela, torna o meio vultoso, não sendo um ambiente salubre que o preso sinta-se confortável em permanecer.

Rodrigo Roig (2016, p. 535) nos afirma que *“um dos maiores problemas enfrentados nos sistemas penitenciários de todo o mundo é a superlotação”*, de fato a preocupação não se restringe apenas ao Brasil, mas o presente trabalho limitou-se a população carcerária do país.

Por detrás da superlotação que enfrenta o apenado, um dos fatores que agravam sua pena, encontra-se na situação da crise penitenciária, de modo que influencia em aspectos que deveriam ser protegidos pelo Estado: a alimentação, saúde, vestuário, um ambiente adequado, mas muitas vezes são ignorados pela administração.

Embora, o caput do artigo 85 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210/1984), diga que *“o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a estrutura e finalidade”*, essa definição não passa da lei. A superlotação dos presídios é um dos principais fatores que influenciam na crise do sistema carcerário, Julio Fabbrini Mirabete nos mostra que:

A superlotação dos presídios no Brasil constitui um dos mais graves problemas penitenciários, longe de ser resolvido, pois a par do incremento da criminalidade violenta, a construção de novos estabelecimentos penais não se tem mostrado suficiente para reduzir o déficit prisional no país. (MIRABETE, 2012, p. 267).

Segundo dados do Infopen<sup>1</sup>, relatório publicado em junho do ano de 2014, a superlotação dos presídios é demasiadamente clara, visto que, o número de presos é de forma elevada se comparada ao número de vagas.

Conforme os dados publicados, possui uma média de 607.731 presos no Brasil, cujo número de vagas comporta 376.669 indivíduos. O déficit é estabelecido em um número de 231.062 vagas.

Nesse sentido, observa-se que a superlotação das prisões acaba por influenciar em outros fatores que agravam a situação de calamidade do cárcere, como doenças, alimentação precária, falta de espaço para dormir, e ainda o descaso pela saúde, deixando a situação de forma crítica e de modo grave.

Os direitos dos presos, mesmo após a condenação, devem permanecer, mas passam a ser violados no momento do ingresso ao cárcere, sendo incluídos nessa afetação os direitos da pessoa humana. Os presos sempre são vítimas de excessos, tendo violados seus direitos no momento da restrição da sua liberdade, quando ocorre à perda ao direito a dignidade humana.

Com o cárcere o preso tem parte dos seus direitos constitucionais limitados, mas não significa que deve ocorrer a perda total desses direitos. Assim, Julio Fabbrini Mirabete diz “*como qualquer dos direitos humanos, os direitos do preso são invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis*” (2012, p. 112). Observa-se, no entanto, que essa preservação de direitos não ocorre, e a integridade física e moral dos condenados, ou mesmo dos presos provisórios, são violadas. Nesse contexto, as garantias resguardadas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIV, quais sejam, “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”, são esquecidas.

Deve o Estado, a Administração, fornecer ao preso alimentação e vestuário, direito presente no art. 41, inciso I da lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), de forma que prevaleça a sua dignidade, em um ambiente saudável para sua sobrevivência. Evidente é que, o Estado

---

<sup>1</sup> Infopen é um instituto brasileiro que produz informações de dados e estatísticas sobre as unidades prisionais do sistema brasileiro.

tem o dever de fornecer materiais e assistência ao preso, entretanto essa assistência clara em lei, não é de fato exercida.

A Administração deixa a desejar no fornecimento da assistência ao sistema penitenciário. Assim, o objetivo do sistema não é efetivado, já que num ambiente sem o mínimo de dignidade, não haverá como ocorrer uma reeducação, uma readaptação.

Existe uma cultura social baseada no estudo e no trabalho, o que leva a sua inserção na execução da pena como forma de recuperação do preso, ocorre que, como a maior parte da estruturação do sistema prisional, permanece ineficaz.

A assistência educacional compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, sendo um dos tratamentos utilizados como meio de reinserção social e também para o fim de remição da pena, conforme a frequência ao ensino regular ou profissional.

Segundo dados do Infopen, no ano de 2013, existiam um total de 537.790 custodiados no sistema prisional, desses presos 58.750 (10,92 %) estão em atividades educacionais, possuem 27.468 (5,1 %) de presos analfabetos, o total de presos alfabetizados são 65.567 (12,19%), já os presos com ensino fundamental incompleto são 236.519 (43,97%). Esses dados reconhecem que ainda há presos sem conhecimento educacional, e também há um elevado número de presos que não conseguiram concluir o primeiro grau escolar.

A educação é um direito constitucional, presente no artigo 205, que diz:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Portanto, é direito que não deve ser violado pelas mazelas do cárcere.

Assim, ao deparar-se com a prisão, que tem por objetivo a ressocialização do indivíduo, por meio da educação e do trabalho, o preso encontra-se com a perda da possibilidade de estudar e trabalhar, devido ao fracasso e insucesso da inserção da educação e do trabalho no sistema prisional.

A educação é meio, pelo qual se busca uma melhor reinserção social do apenado, mas com a crise do sistema prisional essa educação encontra-se de modo defasado, onde permanece mais uma ilusão do que a sua eficácia.

Desse modo, a condição do sistema educacional que se encontra nas prisões é de perfeita e real calamidade. Não é possível numa estrutura em crise, a efetiva educação do

preso. Trata-se de um proveito mínimo, de modo a não influenciar no objetivo: a busca pelo saber e pelo aprendizado.

Dentre os problemas presentes no sistema prisional, temos o trabalho, que é um privilégio de poucos. Embora seja assemelhado as formas do trabalho livre, essa realidade no trabalho prisional está distante da pretendida e estabelecida em lei.

Segundo a reportagem do jornal Folha de São Paulo, em data de 19 de fevereiro de 2016, somente dois a cada dez presos trabalham, portanto 16% do total de presos no país, ou seja, 84% dos presos não estão em atividade laborativa na prisão. O preso passa a ser comandado pelo ócio, de modo a aumentar o sentimento de inutilidade, de angústia por acreditar que não possui nada a oferecer, nem mesmo o trabalho.

O artigo 28 da lei de execução penal (lei 7.210/84) nos diz que “*o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva*”. Desse modo, o trabalho no sistema carcerário tem uma função ressocializadora ao apenado, como também de readaptá-lo ao mercado de trabalho. Trata-se de uma inclusão ao meio social do qual foi retirado, permite uma mudança de atitude, de forma a evitar a prática do crime, passa a ser eficaz a reinserção social. Neste sentido, Julio Fabbrini Mirabete cita uma afirmação feita por Francisco Bueno Arús sobre o trabalho do preso:

É imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidade de fazer vida honrada ao sair em liberdade. (ARÚS *apud* MIRABETE 2012, p. 81).

O trabalho no sistema prisional é um direito e um dever do apenado, uma vez que, é um meio de remição da pena. Ocorre que, muitas vezes, o preso não possui acesso a essas formas de trabalho. Fica desse modo, sem a possibilidade de remição de sua pena.

O indivíduo ao se deparar com a ocupação, com um dever a cumprir, ele sente-se útil, de forma a ser necessário ao meio que está inserido, de modo que, a sua mente não está mais “vazia”. Mas o trabalho oferecido nas prisões, quando ocorre, é muitas vezes inadequado e

incompatível com a realidade que o preso encontra após retornar-se a sociedade, já que ao retornar a sociedade, exige-se experiência e um período de adaptação em determinado ofício, que muitas vezes é limitado na prisão aos deveres e afazeres necessários a garantir a estrutura e as condições mínimas da prisão.

A condição que encontra o preso é bem clara, de calamidade, num ambiente insalubre em total crise, sem esperança, e com a certeza que a vida futura não será diferente à que o levou estar ali, regrado por uma angústia, sob um sistema de penalização agravado pela falta de recursos suficientes e necessários a sua reinserção social.

Quando o indivíduo ingressa no sistema prisional, mesmo com as normas estabelecidas pela Lei de Execução penal, o preso depara com uma estrutura drástica, de total indiferença e desleixo por parte do Estado. O preso acaba por receber uma penalização que de fato não foi a estabelecida pela legislação penal, ocorre um dano aos direitos necessários do preso. Desse modo, a ofensa a direitos, impede que de fato uma reforma ou mesmo uma recuperação ocorra, possuindo assim uma alta taxa de reincidência no país. O IPEA<sup>2</sup> (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) nos mostra os índices baseados no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). Entretanto, a CPI não produziu pesquisa que pudesse avaliar a veracidade deste número e baseou boa parte de suas conclusões nos dados informados pelos presídios. (CPI *apud* IPEA, Reincidência criminal, 2015, p. 11)

Observamos assim que, essa situação na qual encontra o sistema penitenciário brasileiro, no geral, torna impossível a reeducação do preso, acaba por basear seu cumprimento de pena numa real “escola” para a prática de crimes. O preso se habitua ao lugar onde o crime passa a ser algo “comum”, muitas vezes “normal”, devido às justificativas por ele criadas para estar ali, no qual, ao seu pensar, justifica a prática contínua de delitos.

Nesse cenário, a reincidência é refletida na prática constante de crimes e vem a ser conceituada pelo código penal, que assim nos ensina no artigo 63 “*verifica-se a reincidência*

---

<sup>2</sup> O Ipea, é um instituto federal vinculado ao Ministério do Planejamento, que tem suas atividades de pesquisas e informações vinculadas as ações governamentais.

*quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”*. Portanto, o indivíduo que pratica crime no período de 5 anos após o cumprimento da pena, transitada em julgado, é considerado reincidente. Essa reincidência nos leva a crer na ineficácia do sistema penal no objetivo da ressocialização do apenado, visto que, o preso não se conteve em uma nova prática de crime pelo período mínimo de reinserção a sociedade.

A sociedade preocupa-se com o aumento da reincidência criminal, mas não analisa e nem tratar o problema que leva a sua ocorrência. Problema que está tanto na ineficácia do sistema prisional como na crise atual, comprometendo ainda mais a reinserção do preso a sociedade.

O indivíduo vive, antes mesmo de ingressar no sistema prisional, numa sociedade que o priva de oportunidades, um meio de crescente desrespeito, violência e desigualdade social, onde inúmeras vezes é preciso esforçar-se muito para viver com um pouco de dignidade. Assim, a sociedade que o limita direitos, é a mesma que o marginaliza e o conduz as mazelas do cárcere, visto que, a falta de igualdade social sempre esteve presente na realidade daqueles, que em algum momento da vida, depararam com a dominação Estatal através das grades das prisões.

### **2.3 A excessividade das prisões cautelares e a crise do sistema prisional**

Existem diversas formas de prisões, costuma-se a doutrina dividir em prisão pena, que ocorre devido a um processo com sentença penal condenatória transitada em julgado, e a prisão sem pena, que geralmente acontece durante a fase processual, como exemplo, a prisão provisória. Esses diferentes tipos de prisões influenciam todo o sistema penitenciário, devido ao exagero e sua excessividade.

Nesse contexto, as prisões cautelares acabam por exacerbar a crise do sistema prisional. Para melhor mostrar a situação prisional, pode-se citar parte da ADPF 347, proposta pelo partido PSOL, *in verbis*:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperatura extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra presos são freqüentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são

comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Nesse cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e montins nas prisões, cada vez mais violentos. (ADPF-347, 2015, p. 2).

A prisão provisória tem por objetivo a restrição da liberdade do indivíduo durante a fase processual, antes mesmo de ter sua condenação clara, por uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Desse modo, o indivíduo se depara com o sistema prisional, mas posteriormente pode vir a ser inocentado do suposto crime. Ao ocorrer essa sentença, independente da sua condenação, o sujeito de direito, já se deparou com as mazelas da prisão, de forma a ter direitos e garantias violados.

Com o excesso das prisões cautelares, ocorre o encarceramento em massa, de forma a refletir na gravidade das condições degradantes que o sistema prisional enfrenta, e isso influencia, de maneira geral, na situação intolerável que tanto o preso provisório, como o preso definitivo, encontra.

A atual situação do sistema é de total degradação e de ofensa aos direitos humanos. A prisão deve ser estabelecida de forma a separar presos primários de presos reincidentes, conforme o crime praticado, conforme a prisão estabelecida (se cautelar ou definitiva), o que acaba por não ocorrer, agravando a situação de calamidade e a não efetividade do objetivo prisional.

E como forma de agravar o estado de crise, gerada pela inadequada estruturação e funcionamento do sistema, temos a superlotação que vem sendo influenciada pela excessividade das prisões cautelares. Um meio de degradar ainda mais a situação carcerária e a condição desumana da população, que ocorre devido à falta de vagas e pelo fato das cadeias possuírem suas celas abarrotadas.

Desse modo, a superlotação do sistema prisional, gerada pelo exagero nas prisões, devido a uma cultura do encarceramento, contribui para a atual crise, uma vez que, com a falta de recursos e a inadequada administração, a estrutura carcerária encontra-se insustentável.

### **3 OS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

#### **3.1 A Constituição Federal como base do sistema jurídico brasileiro e os direitos humanos tutelados**

A Constituição Federal é o alicerce e a estrutura de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento de certeza para as demais normas jurídicas, a base de todo o sistema jurídico. Neste núcleo fundamental, permanecem todos os princípios relevantes a conservação dos direitos estabelecidos para com a sociedade num todo. Portanto, vivem sob a estrutura de um Estado, em que o sistema é regido pela primazia da constituição no ordenamento jurídico. Neste sentido, as demais regras do sistema devem estar em conformidade com a carta magna, caso isso não ocorra, essas normas, devem ser retiradas do ordenamento através do controle de constitucionalidade.

Dentro disso, o Estado Constitucional de direito, possui juridicamente tutelado e consagrado os direitos fundamentais que são de fato materializados no princípio da dignidade da pessoa humana, que corresponde às principais garantias básicas à existência do indivíduo.

O homem possui direitos que lhe são inatos, de modo que esses, inseparáveis da condição de humano, não devem ser violados. Tais Direitos são necessários a todos os indivíduos, não podem, desta forma, ser abdicados ou mesmo afastados. São importantes na formação do homem ou do cidadão. Por isso, os direitos naturais inerentes a toda pessoa, são preservados e referidos constitucionalmente, destinados e sem distinção a todos, são irrenunciáveis, não podendo o indivíduo abdicar desses direitos, o que pode ocorrer é a sua não execução, não se tratando de direitos absolutos, mas possuem certa relatividade.

A inegável importância da preservação dos direitos humanos deve ser atribuída a todo indivíduo, inclusive a aquele que deixa de ser reconhecido como cidadão em certo momento. Desse modo, mesmo sendo privado de sua liberdade e do convívio em sociedade, esses direitos devem permanecer presentes.

Os direitos humanos refletidos constitucionalmente no art. 5º, inciso XLVII, não permite penas que degradam e ferem o princípio humano, esse princípio proíbe penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e penas cruéis.

### **3.2 A não proteção estatal do sistema penitenciário e os princípios constitucionais violados**

Os direitos humanos, constantemente violados no âmbito do sistema prisional, possuem grande relevância na crise do sistema. Nesse sentido, por vezes, a vida do apenado é reduzida a mera existência, uma vez que, a sua dignidade é “roubada” pelas paredes das prisões, o que reflete num ambiente escasso, humilhante e degradante, como também num sistema penitenciário elencado a uma estrutura em crise, onde a incidência de violações a direitos humanos passam a ser constantes.

Os direitos dos presos, de fato desrespeitados pelo Estado, que deveria ser o primeiro a garanti-los e impedir que se tornem afetados. Assim, a idéia fixa de enfrentar e possuir esses direitos consolidados e preservados a todos os indivíduos, perde o seu objetivo, no momento em que esse direito é negligenciado pelo próprio Estado.

Portanto, o Estado tem como tarefa, assegurar direitos e deveres estabelecidos numa sociedade, mas muitas vezes esses direitos, princípios ou mesmo normas constitucionais são violados. Entre os princípios essenciais presentes na ordem constitucional, tem-se o princípio da legalidade, da igualdade, do acesso à justiça e da liberdade. No entanto, esses importantes princípios são violados no âmbito do sistema penitenciário, momento no qual o Estado ainda tem o dever de preservá-los.

O princípio da legalidade é um dos principais princípios presentes no ordenamento jurídico, ele mostra que ser livre é a regra e ter essa liberdade restringida ou limitada é a exceção. Esse princípio estabelece a sociedade o que é permitido e o que é proibido. Mas é, muitas vezes, desrespeitado no momento da aplicação penal, momento da concretização da pena estabelecida em lei, nas palavras de Rogério Greco:

Presos cumprem penas além do tempo que lhes fora imposto pelos decretos condenatórios; benefícios legais são postergados, sob o falso argumento do acúmulo de processo pela Justiça Penal; condenados são jogados em celas com outras pessoas sem que, para tanto, tenha sido levado a efeito o necessário processo de classificação, a fim de os separar de acordo com as infrações penais cometidas; os condenados às penas privativas de liberdade são colocados em celas superlotadas; enfim, o descaso com o princípio da legalidade, na fase da execução da pena, é evidente. (GRECO, 2011, p. 66).

Nesse contexto, ao falar do princípio da legalidade tem por condição o princípio da igualdade a ser estabelecido. O princípio da igualdade tem por finalidade, determinar direitos e garantias iguais a todos os cidadãos, ou seja, a igualdade de todos perante a lei. A igualdade estabelecida no sistema penitenciário, é uma igualdade no sentido material, deve cada indivíduo preso ser tratado igualmente na proporção de sua igualdade e desigualmente na medida da sua desigualdade, mas esse princípio, não muito preservado, tem uma realidade limitada mediante a crise do sistema prisional. Podemos destacar as palavras de Rogério Greco:

Quando o autor da prática da infração penal, por exemplo, é uma pessoa sem ‘importância social’, isto é, quando aquele que cometeu o delito pertence às camadas sociais mais baixas, com certeza, a lei será aplicada a ele com todo rigor. Ao contrário, quando o autor da infração penal frequenta as camadas sociais mais elevadas faz parte de um seletivo grupo que inclusive, em algumas situações, possui o poder de conduzir o destino da nação, integrando algum dos Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), o tratamento que lhe é dispensado é completamente diferente. (GRECO, 2011, p. 69).

Já o princípio do acesso a justiça é o meio utilizado para a solução de conflitos presentes em sociedade, de modo que, através desse princípio, o indivíduo possui o direito de se defender de abusividade e injustiças, que muitas vezes, verifica-se praticadas pelo próprio Estado.

A justiça ocorre quando encontramos o equilíbrio, a estabilidade, quando após o trâmite processual as verdades são estabelecidas. Mas essa justiça, não está presa aos trâmites processuais, o justo é o certo, o correto, como exemplo, a sentença será justa se for compatível e proporcional ao crime praticado. A pena de modo excessivo ou desnecessário passa a ser injusta, para Rogério Greco, uma pena é considerada injusta, quando o cumprimento dessa pena não está estabelecido na sentença, assim:

Também se considera injusto o cumprimento de uma pena em condições não determinadas na sentença. Se o réu foi, tão somente, condenado a uma pena privativa de liberdade, colocá-lo em local que seja considerado indigno a qualquer pessoa, sem as condições mínimas necessárias de sobrevivência, também pode ser considerado injusto. (GRECO, 2011, p. 79).

O princípio da liberdade é um direito inerente a todo ser humano, mas a liberdade pode ser analisada sob diversas formas, como a liberdade de agir, liberdade de ir e vir, liberdade de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Essa liberdade quando contrária ao ordenamento jurídico deve ser restringida. A liberdade do indivíduo pode ser reprimida conforme o crime que venha a praticar, ao desobedecer às normas e condutas estabelecidas pela ordem Estatal.

O Estado tem o dever e o poder de proteger e resguardar esses princípios numa sociedade como um todo, mas é claro de observar que no momento em que o indivíduo pratica um ilícito penal e tem como pena a restrição da sua liberdade, sofre inúmeras violações constitucionais, muitas vezes essas violações atingem a dignidade da pessoa humana, ou seja, direitos humanos preservados constitucionalmente, assim o direito do indivíduo passa a ser violado.

### **3.3 O sistema penitenciário e o estado de coisas inconstitucional**

Diante da dificuldade efetiva da aplicação ou mesmo proteção da dignidade do preso, observa-se que, muitas vezes, essas violações ocorrem pelo próprio Estado. Rogério Greco dá exemplos claros enfrentados no sistema penitenciário:

Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos etc. (GRECO, 2011, p. 103).

O Estado passa a esquecer que o preso é sujeito de direitos, possuidor de dignidade, e deve ser respeitado, porém passa a tratá-lo de forma desprezível. O poder dado ao Estado lhe obriga a proteger e assegurar os direitos constitucionalmente estabelecidos. A execução da pena deve ocorrer de forma justa, ao cumprir a sentença imposta, o indivíduo deve ter a certeza da presença dos direitos determinados.

O indivíduo tem como característica fundamental a liberdade, deve essa ser protegida pelo Estado de forma relativa, visto que no momento da quebra do “contrato social”, quando o mesmo comete um ilícito, poderá ter sua liberdade restringida, ocorrendo à prisão. O sujeito perde o direito a liberdade juntamente com inúmeros outros direitos, direitos esses que deveriam ser preservados, mas são marcados pelo abandono e indiferença perante a crise do

sistema prisional. Nesse momento depara-se com o “Estado de Coisas Inconstitucional”, refletido pela crise constante na qual apresenta o sistema penitenciário Brasileiro.

Com base no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Essa ADPF 347 tem por finalidade, resolver a excessividade das lesões e afetações a direitos constitucionalmente previstos, devido às ações comissivas e omissivas por parte do Estado.

Aliás, as falhas estruturais de nosso sistema carcerário, aliadas à sistemática omissão por parte das autoridades, conduziram o país – como suscitado pelo Plenário do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 – a um autêntico ‘Estado de Coisas Inconstitucional’. (ROIG, 2016, p. 547).

O estado de coisas inconstitucional tem surgimento na Corte Constitucional da Colômbia, um tribunal com atuação em defesa dos direitos humanos que afetem direitos de um número elevado de pessoas, que exige uma maior atuação dos poderes Estatais. A Corte intervirá quando observada a existência de uma generalização da violação de direitos fundamentais, devido à inatividade, a inércia ou mesmo incompetência das autoridades públicas, do Estado. Assim, apenas uma mudança na estrutura, na forma de agir estatal pode influenciar na alteração da situação inconstitucional.

Nesse contexto, para que seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional da Colômbia exige alguns requisitos, vejamos:

(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. (ADPF- PSOL, 2015, p. 8-9).

Com isso, surge a possibilidade de considerar o sistema prisional brasileiro em um estado de coisas inconstitucional, já que preenchem todas as condições exigidas pela Corte Constitucional da Colômbia.

A pena de prisão é a última *ratio*, utilizada para os crimes mais graves, de modo a ser essa pena cumprida nos presídios. Esses hoje se encontram em real crise, um ambiente desumano, rude e cruel para a sobrevivência e estabilidade do preso. Neste contexto, enfrentam os apenados, situações de extrema calamidade como a superlotação, violência e abusos. Esse estado de real calamidade do sistema penitenciário é reconhecido pelo STF, senão vejamos:

O Presidente Ricardo Lewandowski - que, no âmbito do CNJ, vem capitaneando importantes iniciativas nessa área -, apontou, em discurso, a situação como um dos dois grandes problemas com que se depara o Poder Judiciário brasileiro na atualidade. O decano da Corte, Ministro Celso de Mello, já ressaltou o ‘descaso, negligência e total indiferença do Estado’ em relação à situação extrema das penitenciárias brasileiras, destacando que ‘a pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia’. Em artigo doutrinário, o Ministro Gilmar Mendes destacou ‘as péssimas condições dos presídios, que vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, promiscuidade, corrupção e inúmeros abusos de autoridade, verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas’. Em voto recente, o Ministro Teori Zavascki invocou o magistério de Heleno Fragoso, para afirmar que ‘em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis’, e que, na prática, ‘os presos não têm direitos’. Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido no mesmo caso, afirmou que ‘a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos de grande complexidade e magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro’. Enfim, todos sabem do descalabro do sistema carcerário brasileiro, sendo fato notório e inquestionável a gravidade das violações aos direitos humanos dos presos. (ADPF- 347, 2015, p. 3).

As prisões foram transformadas em verdadeiras fábricas de criminosos, uma vez que, com a decisão judicial (sentença ou cautelar) o indivíduo é jogado no estabelecimento prisional, ocorrendo o cumprimento da pena de forma completamente ofensiva a dignidade da pessoa humana.

Como se observa o sistema carcerário encontra-se em crise, o que foi feito para “dar certo” em conter crimes e reabilitar presos, chegou ao seu ápice da tentativa, o descaso do

Estado, em relação ao cumprimento das penas privativas de liberdade, levou a crise na realidade atual das prisões brasileiras.

Existem diversos fatores que contribuíram para essa crise, que levou ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Neste sentido, destaca-se a inobservância do Estado em relação à escassez de direitos do sistema carcerário, de modo que ocorre um desinteresse por parte do Estado em cumprir o já determinado por lei, como exemplo, a lei de execução penal, já que a realidade deixa os presos em situação degradante.

Na fiscalização ao sistema carcerário, a inspeção das prisões é um fator importante para a melhora do sistema, mas nunca ocorre. A inadequada administração pelos órgãos competentes, a indiferença ao sistema, reflete na crise do sistema carcerário. Um sistema no qual não possui capacidade, nem condições mínimas de abrigar um ser humano, deixa evidente a ofensa à dignidade da pessoa. Neste sentido, com o ambiente desprezível da prisão, a outra dificuldade que enfrentamos é a ineficácia da ressocialização, devido à falta de programas estabelecidos aos condenados. Para Rogério Greco *“a má administração carcerária e a ausência de políticas públicas destinadas à recuperação do condenado acabam por deturpar, ainda mais, a sua personalidade”* (GRECO, 2011, p. 305).

Como se observa, o sistema prisional brasileiro resulta em um verdadeiro meio ofensivo a dignidade da pessoa humana. Assim, os indivíduos e a sociedade sofrem com o cumprimento de penas cruéis e desumanas, sendo essencialmente violados pelo Estado, fator que contribui para designar o estado de coisas inconstitucional.

O Estado deixa de observar o princípio da dignidade da pessoa humana seja fazendo ou mesmo deixando de fazer algo para preservá-la. O sistema carcerário, nosso tema principal, é um exemplo clássico desse raciocínio. Veja-se o que ocorre, em inúmeras penitenciárias brasileiras, onde presos são espancados por seus próprios companheiros de cela e o Estado (representando, ali, por seus agentes públicos), que deveria protegê-los, nada faz para evitar esse espancamento, pois, no fundo, aprova que os presos se agridam, ou mesmo causem a morte uns dos outros. (GRECO, 2011, p. 103).

A dignidade da pessoa humana, princípio constantemente violado pelo próprio Estado e de diversas formas, influencia diretamente na ressocialização do preso, ou melhor, na não ressocialização do preso, sendo de modo quase impossível, após o apenado se deparar com o abandono desse Estado, conseguir uma reabilitação social, já que não possuem programas governamentais para que esta ocorra.

A má organização interna dos estabelecimentos prisionais é influenciada pelo descaso Estatal. Atrelado a isso, a carcerização em massa que vem ocorrendo através das prisões cautelares, embasada na segurança das provas e dos processos, conduz à uma violação dos direitos a dignidade, e ao caráter do preso que é punido antes mesmo da efetiva confirmação da existência ou prática do delito.

A execução da pena deve ser estabelecida de forma proporcional, sem desequilíbrio ou mesmo excesso na punição, já que a pena é feita como forma de reparar o dano causado a sociedade e fazer com que esse indivíduo não mais a ofenda. A justiça penal não deve ser baseada na vingança privada e sim na reinserção e reeducação do preso, mas essa barbárie que apresenta o sistema prisional e a indiferença Estatal, faz com que o apenado seja obrigado a “aceitar” a pena como um verdadeiro castigo, uma forma de punição por ter ocorrido o desrespeito ao “contrato”, o “pacto social”.

A execução penal pública possui dois lados: a lei e a execução real. Visto que, a lei estabelecida é de forma clara e organizada, para que a execução da pena ocorra de forma digna e de forma a preservar os direitos do indivíduo, com verdadeiro equilíbrio, limites e proporções a pena aplicada. Mas na prática, a pena passa a ser um verdadeiro castigo de um poder, que passa a ser indiferente e negligente a realidade daquele que se encontra com sua liberdade perdida, não busca impedir uma execução injusta com traços de ilegalidade.

Um sistema penal no qual a violência é clara e sem medida, a solidariedade inexistente para com o apenado, a punição a confirmar o horror do crime cometido, o excesso ao punir reflete nas mazelas do sistema penitenciário, de forma a embasar o “Estado de Coisas Inconstitucional” das prisões brasileiras.

O quadro é do amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade. A Câmara dos Deputados promoveu a CPI do Sistema Carcerário, cujo corajoso relatório final, publicado em julho de 2008, já destacava: *‘Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas’*. Desde agosto de 2008, o CNJ realiza mutirões carcerários em presídios de todas as unidades da federação e divulga os respectivos relatórios, que oferecem um diagnóstico claro da dramática situação prisional do país e das graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos presos. Mais recentemente, o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo admitiu publicamente que as prisões brasileiras são

verdadeiras '*masmorras medievais*', confessando que preferia até morrer a ser preso numa delas. (ADF-PSOL, 2015, p. 41).

O preso ao ter sua liberdade privada encontra-se a disposição do Estado, passa agora a ser desrespeitado, em base ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo negligenciado pelo Estado a legalidade da execução. A tortura vem em forma de descaso e desprezo, ou vezes por abusos de poder de agentes estatais. A violência, o sofrimento físico e mental é constante no sistema penal.

O preso é colocado num ambiente degradante, e a violência e o desrespeito não permitem a ressocialização, e sim a indignidade devido ao indivíduo ser submetido a um meio humilhante, desumano e cruel. A convenção Americana de Direitos Humanos evidencia o desprezo aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. E, Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (DECRETO N° 678, 1992).

Os maus-tratos, através da punição pelas penas desumanas e degradantes são reflexo da ignorância, descaso e indiferença Estatal. Desse modo, as penitenciárias brasileiras passaram a ser um ambiente hostil, sustentado nos limites mínimos pelo Estado, onde deixou todo seu objetivo esquecido, passando a ser um ambiente exclusivamente para punição e restrição de liberdade.

## **4 ALTERNATIVA À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO INFLUENCIADA PELA SUPERLOTAÇÃO**

### **4.1 Mitigações na execução da pena**

Existe uma necessidade de definir estratégias e técnicas de punições conforme a gravidade do delito e ao indivíduo que cometeu a ilicitude. É importante estabelecer a pena aplicada de forma correta e compatível com a execução estabelecida. Assim, é necessário buscar por uma estabilidade e um equilíbrio futuro na execução penal, para que as penas não sejam cumpridas de forma incompatível com a estabelecida na sentença. Visto que, o sistema prisional vem de uma constante irregularidade devido às sanções e sua forma de execuções contraria a legislação estabelecida. Portanto, deve-se determinar o que seja uma execução intolerável e repugnante, devido ao meio e modos que vem ocorrendo.

Nesse sentido, é necessário encontrar novas técnicas ou mesmo reforçar a aplicação das existentes, para uma melhora da crise influenciada pela superlotação dos estabelecimentos prisionais, de modo a reformular o sistema carcerário, as punições e seus efeitos, para que a realidade da pena seja de acordo com o ilícito praticado. Visto que, existe a necessidade da reeducação, ressocialização e reinserção social do preso, de forma que, a pena seja estabelecida conforme o crime e as características singulares do apenado, classificações que são delineadas pela lei, mas na prática são ineficazes.

Deve-se preocupar com a humanização da pena, uma vez que, o poder punitivo do Estado deve ser estabelecido conforme a ilicitude penal praticada, preocupando-se com a pena executada, para que o limite não passe as margens da sentença, de modo a não deixar o preso submetido a uma escassez de direitos no âmbito prisional, como forma de elevar a pena estabelecida.

Dessa maneira, ao analisar as alternativas eficazes à prisão, com a crise do sistema prisional, influenciada pela superlotação. Busca-se uma resposta para vários problemas, sendo necessário o estudo de medidas e ações que poderão refletir na melhoria do sistema.

Logo, não se tem por solução eficaz a construção de novos presídios e novas vagas, de forma que isso não influencia na redução do contingente populacional das prisões. A criação de novos presídios ou mesmo novas vagas resta por dar a oportunidade a uma maior penalização. O importante é reduzir o contingente populacional, de modo a refletir na melhora

do sistema, uma vez que, o número de presos compatível com o número de vagas influencia positivamente ao meio prisional.

#### **4.2 Princípio do *numerus clausus* (número fechado) e sua aplicação**

A pena deve ser executada nos limites dos direitos do preso, não deve a condenação penal ultrapassar a linha da restrição da liberdade, sendo este o único direito permitido no momento da condenação. Desse modo a solução buscada para que o cumprimento da pena, seja de forma compatível, é a redução no contingente populacional das prisões, ou seja, a retenção da superlotação.

O princípio do *numerus clausus* se baseia num número exato de vagas e de presos no sistema carcerário. Desse modo, o número de vagas nos estabelecimentos prisionais deve ser estabelecido de forma compatível com a sobrevivência digna na prisão, visto que, deve possuir um número certo de vagas compatível com o número de detentos abrigados, não sendo possível ultrapassar esse número de vagas estabelecido.

Podemos definir *numerus clausus* (número fechado ou capacidade prisional taxativa) como princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução. (ROIG, 2016, p. 89-90).

Nesse contexto, ao analisar o princípio do *numerus clausus* na efetiva aplicação ao sistema prisional brasileiro que, permite uma nova reflexão sobre as prisões, seus objetivos e funções, assim como, o verdadeiro significado da pena sobre o criminoso, esta somente deve ser executada de forma digna e respeitosa. Dessa maneira, esse princípio tem por diretriz o momento da condenação do indivíduo, a necessidade de ser abrigado em um estabelecimento com vagas disponíveis. Sendo assim, com a condenação à sentença penal, e o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, o condenado deve ter sua vaga garantida. No entanto, se todas as vagas estiverem ocupadas, será necessário estabelecer a retirada do preso com melhor “desempenho” ao cumprir a pena, para que esse novo apenado ocupe o seu lugar.

Portanto, quando o número de detentos é maior que o número de vagas, é necessária a escolha daqueles com melhor desempenho e adaptabilidade social, desse modo, ao indivíduo

ressocializado pode ser concedido a sua retirada do cárcere, visto que, dessa forma o número de vagas permanece compatível ao número de apenados.

A retirada do apenado deve ocorrer conforme o estado de ressocialização. O preso que vem progredindo na readaptação social e possuindo um desempenho positivo no objetivo da pena, a reeducação do indivíduo, deve ser retirado da prisão para que outro entre. Essa retirada será através da concessão do livramento condicional, prisão domiciliar, liberdade com vigilância eletrônica, entre alternativas estabelecidas pelo magistrado.

Instado a se manifestar sobre o tema, Luigi Ferrajoli por sua vez asseverou que a superlotação contradiz dois basilares princípios: o de que as penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade e o de que deve haver dignidade social em situação de paridade. Para o autor, contra uma tão clamorosa inconstitucionalidade, somente haveria um remédio: estabelecer o chamado *numerus clausus* (“*numero chiuso*”). Assim, os presos com penas ou resíduos de pena de menor duração deveriam ser destinados, no número que excede a capacidade do sistema penitenciário, e medidas não encarceradoras, entre elas a prisão domiciliar. (ROIG, 2016, p. 97).

O princípio estudado trabalha com um número exato de vagas nas prisões, deve o número ser certo, não pode de forma alguma ser ultrapassado ou mesmo desrespeitado. Para encarcerar um indivíduo deve ocorrer à liberação de um detento. É preciso, portanto, estabelecer em lei um número de vagas no sistema carcerário, juntamente com o número de vagas em cela, deve a lei ser taxativa e cumprida pelas autoridades responsáveis.

O *numerus clausus* consiste na diminuição no número de detentos e, conseqüentemente, com o fim da superlotação do sistema carcerário, e não a construção de novos presídios ou mesmo novas vagas, de modo que o condenado cumpra sua pena em um ambiente de lotação compatível com a capacidade. Portanto, o objetivo é abrigar detentos com dignidade. Infelizmente, em um ambiente de superlotação a execução penal enfrenta a escassez de direitos e insignificância a dignidade humana, não podendo dar seguimento.

O *numerus clausus*, antes de tudo, é um princípio que preconiza o controle e a redução da população carcerária, não a criação de novas vagas. Aliás, a construção ou ampliação de novos estabelecimentos penais não é a solução para o refreamento do quadro de superlotação. (ROIG, 2016, p. 91).

Consoante ao analisado, adotar o princípio do *numerus clausus* é importante. Em primeiro momento é necessário que ocorra à retirada de pessoas do sistema prisional, de modo que, a retirada de apenados seja maior que o seu ingresso, é preciso que o número de presos seja compatível com o número de vaga para que ocorra a efetivação do princípio.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2016, p. 100-103) identifica três formas de desenvolvimento do princípio do *numerus clausus*, sendo: i) *Numerus clausus* preventivo, reprime a entrada de novos apenados devendo esses cumprir prisão domiciliar, até o momento que surjam novas vagas; ii) *Numerus clausus* direto, nesse caso ocorre a retirada do apenado pelo indulto ou prisão domiciliar quando estivessem perto do prazo para a concessão do livramento condicional; iii) *Numerus clausus* progressivo, ocorre literalmente a progressão do regime, ou seja, o preso em regime fechado vai para o regime semiaberto, o preso em regime semiaberto para o regime aberto, surgindo assim vaga no sistema penitenciário.

Assim, o princípio analisado busca a contenção da superlotação do sistema carcerário, do mesmo modo a evitar prisões desnecessárias que superlotam o sistema prisional, ou seja, o *numerus clausus* atua de forma a evitar a superlotação que influencia diretamente no ambiente hostil no qual hoje se encontra.

### **4.3 A jurisprudência na busca por um sistema prisional adequado**

A questão prisional vem sendo alvo de diversas discussões, visto que o sistema penitenciário encontra-se numa crise refletida pela superlotação e falta de vagas em todos os regimes de cumprimento de pena.

A Corte suprema, em conclusão ao julgamento do Recurso Extraordinário 641320/RS, com relator o Ministro Gilmar Mendes, em 11 de maio de 2016 debateu sobre a prática do cumprimento dos diferentes regimes de pena. O tema discutido no julgado influência de forma positiva no problema da superlotação no sistema prisional.

O julgado destacou que é muito comum não existirem colônias agrícolas e industriais, como também casas de albergado adequadas para o cumprimento das penas em regime semiaberto e aberto.

Foram enfrentadas três situações a respeito: a primeira situação analisada pelo egrégio Tribunal foi “ausência de vagas na unidade prisional adequada e cumprimento da pena no regime mais gravoso”. Nesse contexto, no caso de não possuir vagas para o indivíduo no regime estabelecido na pena, não se permite que agrave a pena, ou seja, não existindo vagas para o cumprimento no regime estabelecido não pode o apenado cumprir a pena em um

regime mais gravoso. Nessa perspectiva o STF analisou, que o sistema progressivo adotado pelo nosso ordenamento jurídico penal, não está funcionando de forma correta, de modo que não possui vagas para o cumprimento de penas em regimes semiaberto e aberto. Os apenados estão cumprindo a pena em estabelecimentos prisionais destinados a regimes fechados, ocorre desse modo violação a direitos.

Uma segunda situação abordada examina o “*conceito de ‘estabelecimento similar’ e de ‘estabelecimento adequado’*”. O Código Penal permite que, na falta de colônia agrícola ou industrial, a pena que estabelece o cumprimento em regime semiaberto, pode ser cumprida em estabelecimento similar. Ocorre da mesma forma, com o regime aberto, que com a falta de casa de albergado a pena pode ser cumprida em estabelecimento adequado. Entretanto, na pratica é o que de fato ocorre, visto que, colônias agrícolas e industriais estão próximas de inexistir. Foi decidido pelo STF que juízes podem decidir se, os estabelecimentos similares ou adequados, estão realmente compatíveis com o regime semiaberto e aberto. Deste modo, as características dos locais substitutos devem ser compatíveis com as estabelecidas para os regimes, não deve a pena ser agravada devido à falta de estabelecimentos semelhantes.

A terceira situação enfrentada, no julgado analisa o “*déficit de vagas no estabelecimento adequando e medidas que deverão ser tomadas*”, o que reflete diretamente no problema estudado. A situação mostra como solução para o “déficit” de vagas no estabelecimento, as seguintes: a retirada antecipada do apenado em regime sem vagas; a concessão de liberdade sobre o controle eletrônico a quem sai antecipadamente ou deve ser estabelecido à prisão domiciliar; e possui também como solução as penas restritivas de direito ou mesmo a progressão de regime.

Objetivo das medidas acima é o de que surjam novas vagas nos regimes semiaberto e aberto. As vagas nos regimes semiaberto e aberto não são inexistentes, são insuficientes. Assim, de um modo geral, a falta de vagas decorre do fato de que já há um sentenciado ocupando o lugar. Dessa forma, o STF determinou, como alternativa para resolver o problema, antecipar a saída de sentenciados que já estão no regime semiaberto ou aberto, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir. (CAVALCANTE, 2016, p.14).

O déficit de vagas ocorre em todos os regimes de cumprimento de pena, aberto, semiaberto e fechado, que se encontra em crise, de modo que não existem mais vagas e nem lugares adequados para o cumprimento das penas estabelecidas. O STF no julgado busca “amenizar” a situação oferece, desse modo, soluções para o tema em constante discussão,

soluções que refletem nos procedimentos adotados para a efetivação do princípio *numerus clausus*, determinando um meio para que a superlotação do sistema penitenciário reduza.

A inobservância da progressão de regime vem refletindo no cumprimento de pena mais gravosa ao apenado, afeta de forma negativa e direta a princípios constitucionais.

A Corte destacou que o sistema progressivo de cumprimento de penas não estaria funcionando a contento. Haveria falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto, este último sendo desprezado por várias unidades da Federação. Assim, a lei prevê 3 degraus da progressão, mas o último grau simplesmente não existiria em mais da metade do País. Por outro lado, na prática, os modelos de estabelecimentos de cumprimento de pena, necessariamente adequados aos regimes semiaberto e aberto (CP, art. 33, §1º, “b” e “c”), teriam sido abandonados. Desse modo, os presos dos referidos regimes estariam sendo mantidos nos mesmos estabelecimentos que os presos em regime fechado e provisórios. Contudo, a possibilidade de manutenção de condenado em regime mais gravoso, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado ao seu regime, seria uma questão ligada a duas garantias constitucionais em matéria penal da mais alta relevância: a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) e a legalidade (CF, art. 5º, XXXIX). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Nesse contexto, para a introdução do princípio *numerus clausus* no sistema penitenciário brasileiro é necessário o reconhecimento da real escassez de direitos, da precariedade e superlotação no qual o sistema se encontra. De modo que, vem ocorrendo esse reconhecimento através de jurisprudências e posicionamentos dos nossos tribunais. É importante uma redução no número do contingente populacional do sistema prisional.

Portanto, é possível reconhecer à necessidade e como solução a aplicação do princípio *numerus clausus*. Desse modo, deve os magistrados na falta de estabelecimentos adequados e com a falta de vagas para o cumprimento das penas, utilizarem a progressão de regimes, o monitoramento em liberdade e a antecipação de saídas, deve utilizar essas medidas conforme o apenado mais próximo do cumprimento da determinada pena.

Ao adotar o princípio, em tela exposto, reflete na estrutura do sistema carcerário, e para que esse chegue a sua estabilidade (vagas-presos), podem ser utilizados, no início ou ao mesmo tempo, os três tipos elencados: “*numerus clausus preventivo*”; “*numerus clausus direto*”; e “*numerus clausus progressivo*”. Ocorrendo desse modo, a redução do contingente populacional do sistema carcerário, existindo um número certo de vagas para o número de detentos, conforme um ambiente estruturado, adequado e humanizado.

## 5 CONCLUSÃO

O Estado como o detentor do *'ius puniendi'*, deve proporcionar um ambiente digno e respeitável para o cumprimento da pena, mas na realidade não é o que ocorre. O sistema prisional é marcado por um verdadeiro descaso e indiferença. A pena passou a ir muito além da restrição da liberdade, de forma que, ao ingressar no sistema penitenciário o preso tem sua pena agravada além dos limites da sentença.

A superlotação do sistema prisional reflete diretamente na crise atual que se encontra, com efeitos negativos sobre os direitos que devem ser protegidos. O apenado passou a ser tratado de forma desumana e miserável. Desse modo, enfrenta o momento em que a superlotação prisional, por refletir na crise e na afetação em massa de direitos fundamentais, combinado com a omissão das autoridades, impede que a falta de vagas seja superada apenas com a criação de novos presídios, e de novas vagas. Deve mudar a política do encarceramento, a qual tem que a prisão é a solução para todos os delitos.

A ressocialização do preso somente é possível num ambiente estruturado, onde o indivíduo é tratado com respeito e dignidade. Deixar o apenado sobreviver em meio às revoltas, como a realidade atual, reflete na perda de esperança por um vida melhor.

A utilização do princípio do *numerus clausus*, como solução possível e real, reflete de forma direta, na melhora da estrutura do sistema penitenciário. O desenvolvimento do princípio, busca a redução do contingente populacional das prisões, através do Juízo da Execução Penal, passa assim a ter um controle sobre os presos que entram e sobre os presos que saem, de forma a compatibilizar o número de presos com o número de vagas. Nesse sentido, no momento que o número de vagas for compatível com o número de presos a estrutura começa a melhorar, e influencia na recuperação do apenado, reflete nos aspectos sociais, no retorno do indivíduo a sociedade.

Portando, pode-se concluir que com a utilização do Princípio do *numerus clausus*, reflete de forma positiva na superlotação do sistema carcerário e por consequência na redução a violação a direitos, deixando o apenado de expor-se a um sofrimento além dos estabelecidos na sentença, passa a ser cumprido o objetivo da pena, a ressocialização, reeducação, recuperação e reinserção do apenado a sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n° 641320. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n° 347. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo esquematizado: Informativo 825 - Falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e cumprimento da pena**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/05/info-825-stf.pdf>>

JORNAL, Folha de São Paulo. Somente dois em cada dez presos trabalham no Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1740933-somente-dois-em-cada-dez-presos-trabalham-no-brasil.shtml>>

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – Nascimento das prisões**. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos , sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

INFOPEN – **Ministério da Justiça – Levantamento nacional de informações penitenciárias** – Dados consolidados 2014. Disponível em: [dados.gov.br](http://dados.gov.br)

IPEA – **Reincidência Criminal no Brasil – Relatório de Pesquisa**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal: Comentários à Lei n° 7.210, de 11-7-84**. 10. Ed. São Paulo: Atlas 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. Ed. Saraiva, 2016.

